



Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 160/2012

© Pasqualino Albi 2012
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Pisa
albi@jus.unipi.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero^α

**Pasqualino Albi
Università di Pisa**

1. Ambito di applicazione e conseguenze sanzionatorie nella nuova disciplina dei licenziamenti.	2
2. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: il nuovo quadro legale.	5
2.1. I profili formali e procedurali.	5
2.1.1. La procedura conciliativa preventiva.	6
2.1.2. La motivazione.	8
3. Le fattispecie di licenziamento ingiustificato.	10
3.1. Il difetto di giustificazione del licenziamento per (sopravvenuta) inidoneità fisica o psichica del lavoratore ed il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.	10
3.2. La "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" e le "altre ipotesi" di licenziamento ingiustificato.	13
3.3. Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari	16
4. Coesistenza ed interferenza di norme: l'art. 3 l. n. 604/1966 e il nuovo art. 18, comma 7, stat. lav.	17

^α Si tratta del contributo dell'autore per il Commentario alla legge n. 92/2012 a cura di M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta, in corso di pubblicazione con Giappichelli.

1. Ambito di applicazione e conseguenze sanzionatorie nella nuova disciplina dei licenziamenti.

Al fine di esaminare la disciplina del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo introdotta dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, occorrono alcune considerazioni preliminari sul sistema rimediabile che emerge dalla riforma.

Il campo di applicazione dell'art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300 (stat. lav.) non registra mutamenti sul piano oggettivo-dimensionale ⁽¹⁾ ed è intatta la linea di confine fra la disposizione statutaria e l'art. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604 ⁽²⁾.

E' invece da mettere in luce la divaricazione che la riforma del 2012 intende introdurre fra lavoro pubblico e lavoro privato.

La l. n. 92/2012 non trova applicazione in via diretta nel pubblico impiego, rappresentando per tale settore solo espressione di "principi e criteri" destinati ad operare con una sorta di introduzione modulare che dovrebbe avvenire per iniziativa del "Ministro", sentite le organizzazioni sindacali dei "dipendenti" pubblici.

Una simile scelta del legislatore ha suscitato molte perplessità in dottrina ⁽³⁾ e deve prendersi atto che, al di là di ogni valutazione di merito, la finalità di diversificare lavoro pubblico e lavoro privato viene

⁽¹⁾ L'art. 18, comma 8, nuovo testo, prevede che "Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti".

⁽²⁾ Art. 2 l. n. 108/1990: "I datori di lavoro privati, imprenditori non agricoli e non imprenditori, e gli enti pubblici di cui all'articolo 1 della legge 15 luglio 1966, n. 604, che occupano alle loro dipendenze fino a quindici lavoratori ed i datori di lavoro imprenditori agricoli che occupano alle loro dipendenze fino a cinque lavoratori computati con il criterio di cui all'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 1 della presente legge, sono soggetti all'applicazione delle disposizioni di cui alla legge 15 luglio 1966, n. 604, così come modificata dalla presente legge. Sono altresì soggetti all'applicazione di dette disposizioni i datori di lavoro che occupano fino a sessanta dipendenti, qualora non sia applicabile il disposto dell'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 1 della presente legge".

⁽³⁾ F. CARINCI, *Dipendenti delle amministrazioni pubbliche soggette al d.lgs. n. 165/2001*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, *Suppl.*, 3 ss.

perseguita dal legislatore con una tecnica discutibile per la scarsa chiarezza.

Per quanto concerne lo specifico tema qui esaminato la l. n. 91/2012 non ha modificato il testo dell'art. 51, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 che prescrive: "La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti".

Dal testo vigente dell'art. 51 cit. si dovrebbe giungere alla razionale conclusione che il nuovo art. 18 stat. lav. si applica ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con ogni conseguenza dunque sul piano della tutela contro il licenziamento illegittimo.

Invece l'art. 1, commi 7 e 8, l. n. 92/2012 induce a concludere che l'art. 51 cit. fa riferimento all'art. 18 stat. lav. nella versione anteriore alla riforma del 2012: un simile effetto viene perseguito con ambiguità posto che il legislatore non è intervenuto sul testo dell'art. 51 cit. mentre i riferimenti ai "principi e criteri" non sono affatto incompatibili con una applicazione immediata del nuovo testo dell'art. 18 stat. lav. anche nel pubblico impiego.

Un chiarimento normativo sul punto sembra sommamente opportuno.

Preso atto della discutibile divaricazione fra pubblico impiego e lavoro privato occorre adesso portare l'attenzione sulle innovazioni radicali introdotte dalla riforma concernenti le diversificazioni interne all'art. 18 stat. lav. che non viene più ad identificarsi con la sola tutela reintegratoria ⁽⁴⁾.

Dalla lettura del nuovo art. 18 stat. lav. emerge che il sistema rimediabile concepito dalla riforma si lega alla "natura" e alla "intensità" della violazione delle regole normative che abilitano il legittimo esercizio del potere di recesso del datore di lavoro: la risposta sanzionatoria elaborata dalla riforma del 2012 esprime tuttavia scelte che suscitano molte perplessità sia per il metodo poco coerente con il quale si decide di

⁽⁴⁾ Il nuovo art. 18 stat. lav. è entrato in vigore il 18 luglio 2012 e dunque esso trova pacificamente applicazione ai licenziamenti intimati a partire da tale data; per i licenziamenti intimati anteriormente al 18 luglio 2012 continua a trovare applicazione il vecchio testo della disposizione, salva ovviamente ogni questione concernente le decadenze sostanziali e processuali (art. 32 l. 4 novembre 2010 n. 183) e tenuto conto dei complessi temi legati al nuovo "processo dei licenziamenti", sempre introdotto dalla riforma Fornero.

escludere determinate fattispecie di recesso dall'area della tutela reintegratoria (si considerino in particolare le fattispecie di licenziamento inefficace cui si riconnette una tutela meramente indennitaria) sia per le enormi difficoltà di individuazione delle fattispecie incluse (si pensi in particolare alla "insussistenza del fatto contestato" e, per quanto qui ci interessa, alla "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento").

Su quest'ultimo versante – e dunque in relazione alle fattispecie incluse – un siffatto sistema rimediabile presuppone un giudizio fin troppo ampio, non determinabile *ex ante* ma affidato ad un incerto governo giudiziale *ex post*.

Può cogliersi una fondamentale differenza rispetto al sistema previgente: nel vecchio testo dell'art. 18 stat. lav., posto ed individuato dalla legge il campo di applicazione della tutela reintegratoria, l'accertamento giudiziale riguardava la sussistenza/insussistenza dei presupposti formali, procedurali e sostanziali del recesso; nel nuovo testo non è definibile preventivamente il campo di applicazione dei vari sistemi rimediali e dunque è proprio l'accertamento concernente la sussistenza/insussistenza dei presupposti formali, procedurali e sostanziali del recesso che consente di individuare il campo di applicazione della tutela reintegratoria.

La conseguenza sanzionatoria non è dunque predeterminabile *ex ante*: aumenta, anziché diminuire, il grado di incertezza applicativa della disciplina dei licenziamenti. Se prima il datore di lavoro aveva contezza *ex ante* che il requisito dimensionale determinava l'applicazione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo, essendo in tal senso il rischio di una potenziale controversia legato alla qualificazione della fattispecie operata *ex post* in sede giudiziale, oggi il grado di incertezza riguarda la stessa individuazione della conseguenza sanzionatoria legata, in un intreccio indissolubile, all'individuazione della fattispecie.

Può dunque dirsi che, pur avendo subito la tutela reintegratoria una significativa restrizione, tale effetto viene raggiunto con un prezzo che appare proibitivo posto che, nel campo di applicazione dell'art. 18 stat. lav., non è possibile definire preventivamente ove si collochi l'area di esenzione dal "terribile" rimedio.

Il legislatore non abbandona dunque la tecnica per clausole generali: al contrario finisce per radicalizzarne l'utilizzazione con il

probabile effetto di una esasperata polarizzazione del contenzioso, delegando al giudice del lavoro una funzione qualificatoria non solo della fattispecie ma anche del rimedio applicabile, in una spirale nella quale la discrezionalità appare incontenibile, non arginabile proprio perché è il legislatore stesso a darne piena legittimazione.

2. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: il nuovo quadro legale.

Le riflessioni espresse nel precedente paragrafo trovano ampia conferma dall'esame del complesso sistema rimediabile che il legislatore ha inteso delineare in relazione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

2.1. I profili formali e procedurali.

La risposta sanzionatoria che il legislatore ha concepito per la violazione dei profili formali e procedurali del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo è, fatta eccezione per la forma scritta del licenziamento, senza dubbio più leggera rispetto a quella prevista nel sistema normativo anteriore e ciò si iscrive in un complessivo disegno di svalutazione di tali profili che riguarda l'intera disciplina dei licenziamenti individuali e quella dei licenziamenti collettivi.

Per quanto ora interessa spetta al lavoratore una tutela indennitaria (art. 18, comma 6) in caso di "violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604" (art. 18, comma 6) ⁽⁵⁾.

La stessa tutela indennitaria è prevista in caso di violazione della nuova procedura *ex art. 7 l. n. 604/1966*.

Si ha dunque una sorta di alleggerimento rimediabile in ragione delle violazioni che attengono alla procedimentalizzazione del potere di recesso e alle modalità con le quali il suddetto potere esercita ed esprime il proprio fondamento manifestandosi al lavoratore.

⁽⁵⁾ L'art. 18, comma 6 prevede che si applichi il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo.

Proprio su questo versante sembrano porsi gravi problemi di coerenza sistematica giacché il legislatore non teme di richiamare la categoria dell'inefficacia del licenziamento cui tuttavia riconnette effetti sanzionatori senza dubbio impropri sul piano del diritto civile e finisce per generalizzare "il *monstrum* per cui inefficacia vuol dire efficacia" (6).

Molti rilievi sono dunque stati posti in dottrina sulla razionalità e sulla ragionevolezza di un disegno legislativo che nega agli oneri formali e procedurali la natura di limiti al potere di recesso, limiti scolpiti da una lunga elaborazione giurisprudenziale: per questa via vengono sollevati dubbi di legittimità costituzionale (7).

2.1.1. La procedura conciliativa preventiva.

Occorre anzitutto rilevare che la procedura conciliativa preventiva disciplinata dal nuovo testo dell'art. 7 l. n. 604/1966 si applica solo ai datori di lavoro che hanno i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, comma 8, stat. lav.

L'innesto esprime una sorta di *caos* normativo posto che nel testo di una legge si inserisce una previsione destinata ad operare nel campo di applicazione di una legge diversa. A ciò occorre aggiungere che, avendo la procedura conciliativa preventiva lo scopo di individuare soluzioni alternative al recesso ovvero percorsi di ricollocazione professionale, non si comprende per quale ragione la nuova disciplina non debba applicarsi ai datori di lavoro che occupano meno di quindici dipendenti.

La disposizione prevede che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve essere *preceduto* da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa, *per conoscenza*, al lavoratore.

Nella suddetta comunicazione, *il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.*

La direzione territoriale del lavoro trasmette la convocazione al datore di lavoro e al lavoratore nel *termine perentorio di sette giorni dalla*

(6) C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 573 ss., qui citato nella versione pubblicata in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, <http://csdle.lex.unict.it>, 31.

(7) V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 544.

ricezione della richiesta: l'incontro si svolge dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione di cui all'articolo 410 c.p.c. e le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o da un consulente del lavoro.

In caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro, la procedura può essere sospesa per un massimo di quindici giorni.

Nel corso della procedura, con la partecipazione attiva della commissione provinciale di conciliazione, le parti procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso.

La procedura si conclude entro venti giorni dal momento in cui la direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo.

Se fallisce il tentativo di conciliazione e, comunque, decorso il termine perentorio di sette giorni entro il quale la direzione territoriale del lavoro deve convocare l'incontro, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore.

Ove la conciliazione abbia esito positivo e si preveda la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, si applicano le disposizioni in materia di Assicurazione sociale per l'impiego (ASpI) e vengono individuati percorsi di ricollocazione professionale del lavoratore.

Il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, comma 7, stat. lav. e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 cod. proc. civ.

Il licenziamento intimato all'esito della procedura produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva. Il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato.

Si sancisce dunque *l'effetto retroattivo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, neutralizzandosi così l'incidenza di ogni evento sospensivo del rapporto ⁽⁸⁾.

Gli effetti del licenziamento rimangono sospesi solo in caso di impedimento del lavoratore derivante da infortunio occorso sul lavoro.

Il legislatore fa salvo, in ogni caso, l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151.

Sul punto deve rilevarsi che il licenziamento della lavoratrice è vietato dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine di periodo di interdizione dal lavoro nonché fino al compimento di un anno di età del bambino; sono inoltre da considerare le altre fattispecie nelle quali opera il divieto di licenziamento a tutela della maternità e della paternità (art. 54 d.lgs. n. 151/2001).

L'operatività dell'effetto sospensivo non può dunque riguardare il licenziamento intimato sotto il vigore del divieto sancito dall'art. 54 d.lgs. n. 151/2001 perché, secondo questa disposizione, il licenziamento, salve le eccezioni espressamente previste dalla stessa, non può essere in alcun modo intimato nel periodo di interdizione ⁽⁹⁾: una diversa e opposta lettura è destinata a porre una questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 l. n. 604/1966, proprio sulla scorta della giurisprudenza costituzionale che ha dato linfa all'art. 54 cit. ⁽¹⁰⁾.

Per questa ragione l'effetto sospensivo potrebbe operare solo ove le circostanze che determinano l'operatività del divieto ex art. 54 d.lgs. n. 151/2001 siano successive (non al licenziamento, in ragione della sua retroattività) ma alla comunicazione di avvio della procedura conciliativa preventiva ex art. 7 l. n. 604/1966.

2.1.2. La motivazione.

La riforma prevede che la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato (secondo il nuovo testo dell'art. 2, l. n. 604/1966) superandosi quindi

⁽⁸⁾ D. BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE, *Commentario alla riforma Fornero*, cit., 14 ss; M. FREDIANI, *Decorrenza ed eventi sospensivi del nuovo licenziamento*, *ivi*, 82 ss.

⁽⁹⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 64.

⁽¹⁰⁾ M. FREDIANI, *ivi*, 83.

l'impostazione precedente della motivazione non coeva, obbligata solo su richiesta del lavoratore ⁽¹¹⁾.

Come già messo in luce nell'area di applicazione del nuovo art. 18 stat. lav. la violazione del requisito di motivazione ha come conseguenza l'applicazione di una tutela meramente indennitaria (v. *supra*, sub 2).

Invece nell'area di applicazione della l. n. 604/1966 (datori di lavoro che occupano meno di quindici dipendenti), rimane operante la previsione dell'art. 2, comma 3, l. n. 604/1966 che comporta l'inefficacia del licenziamento con diritto del lavoratore licenziato alla riammissione in servizio e a tutte le retribuzioni *medio tempore* maturate.

Si tratta di una evidente incongruenza ⁽¹²⁾ giacché la violazione del requisito di motivazione che, ai sensi dell'art. 2, comma 3, l. n. 604/1966, comporta l'inefficacia del licenziamento ha, nell'area di applicazione dell'art. 18 stat. lav., una conseguenza sanzionatoria che non sembra compatibile con l'invalidità negoziale.

Muovendo da tale considerazione deve peraltro mettersi in rilievo che non possono escludersi contegni del datore di lavoro che, sulla base di una valutazione di opportunità costi/benefici, possa giungere ad intimare il licenziamento al lavoratore senza fornire alcuna motivazione: il recedente dovrà certo corrispondere, in caso di esito vittorioso dell'impugnativa giudiziale, l'indennità risarcitoria ma avrà al tempo stesso la possibilità di costruire artificialmente *ex post* la motivazione del licenziamento ⁽¹³⁾. Peraltro, nel caso che il datore soccomba perché il licenziamento è ingiustificato, l'indennità dovuta per la violazione dell'obbligo di motivazione sarà "assorbita" da quella prevista per il difetto di giustificazione.

Tale ultima pur particolare ipotesi comprova che l'alleggerimento rimediabile in tema di violazione dell'obbligo di motivazione del licenziamento può avere indubbie ricadute sul controllo giudiziale dei

⁽¹¹⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 41 ss.

⁽¹²⁾ Secondo A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 44 "in mancanza di una doverosa correzione legislativa, sarà inevitabile una interpretazione costituzionalmente orientata o un intervento della Corte costituzionale, che in base agli artt. 3 e 41 Cost. escludano per il vizio in esame la tutela reale anche per i rapporti letteralmente non ricompresi nella nuova disposizione. Per evitare la rilevata assurdità, appare, infatti, costituzionalmente obbligato un ragionamento simile a quello già utilizzato dalle Supreme Magistrature per sottrarre alla tutela reale per il vizio procedimentale del licenziamento disciplinare i rapporti con tutela meramente obbligatoria per il vizio sostanziale di ingiustificatezza".

⁽¹³⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 542.

presupposti sostanziali del recesso.

3. Le fattispecie di licenziamento ingiustificato.

Occorre adesso muovere dall'esame dell'art. 18, comma 7, stat. lav. nel quale vengono individuate (forse meglio dire: richiamate) una pluralità di fattispecie o di gruppi di fattispecie cui si riconnettono conseguenze sanzionatorie diverse ove il recesso sia intimato in difetto di un fondamento giustificativo di natura oggettiva, fondamento che assume connotazioni variabili.

In verità sembra più corretto dire che l'art. 18, comma 7, cit. gravita intorno alle conseguenze sanzionatorie del licenziamento intimato senza un fondamento giustificativo oggettivo, ponendosi l'accento sull'individuazione del rimedio piuttosto che della fattispecie: i confini di quest'ultima, dati per presupposti, appaiono sfuggenti (al punto da essere denominate dal legislatore "ipotesi") e non del tutto coincidenti con la nozione di giustificato motivo oggettivo ex art. 3 l. n. 604/1966, disposizione, questa, neanche sfiorata dalla riforma del 2012, determinandosi così il rischio di innescare potenziali asimmetrie fra il corpo normativo più recente, che intende individuare specifiche ipotesi di licenziamento ingiustificato sulle quali innestare tutele differenziate, e quello più antico, che ha lo scopo di individuare il fondamento oggettivo del legittimo esercizio del potere di recesso.

3.1. Il difetto di giustificazione del licenziamento per (sopravvenuta) inidoneità fisica o psichica del lavoratore ed il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.

Anzitutto il legislatore (art. 18, comma 7, stat. lav.) richiama le fattispecie del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, e del licenziamento intimato in violazione dell'articolo 2110, comma 2, c.c.

Si tratta di fattispecie invero molto diverse fra loro ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Cass. 31 gennaio 2012, n. 1404, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 513: "La malattia del lavoratore deve distinguersi dalla sua inidoneità al lavoro in quanto, pur essendo entrambe cause d'impossibilità della prestazione lavorativa, esse hanno natura e disciplina diverse, per essere la prima di carattere temporaneo e implicante la totale impossibilità della prestazione, che determina, ai sensi dell'art. 2110 c.c., la legittimità del licenziamento quando ha causato l'astensione dal lavoro per un tempo superiore al periodo di comporto, laddove la seconda ha carattere permanente o, quanto meno, durata indeterminata o indeterminabile, e non implica necessariamente l'impossibilità totale della

Per quanto riguarda la prima (*il licenziamento per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore*) occorre ricordare che, fino a non molto tempo fa, non poteva darsene per pacifica la riconduzione al giustificato motivo oggettivo, propendendo una parte della giurisprudenza per l'inquadramento della fattispecie nella risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex artt. 1256, 1463, 1464 c.c. ⁽¹⁵⁾.

In seguito all'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione ⁽¹⁶⁾ e alla disciplina introdotta dalla l. n. 68/1999 (artt. 4 e 10) sembra potersi dare per acquisita la riconduzione di tale fattispecie al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, affermandosi peraltro, anche sulla scorta di una lettura sistematica delle suddette previsioni della l. n. 68/1999, l'obbligo di mantenere il dipendente in servizio, attribuendogli mansioni compatibili con le sue residue e inferiori capacità lavorative, purché ciò non comporti una modificazione dell'assetto organizzativo dell'impresa ⁽¹⁷⁾.

E' invece controversa la possibilità di ricondurre la seconda fattispecie richiamata (in negativo) dall'art. 18, comma 7, cit. (*il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporta*) al giustificato motivo oggettivo ⁽¹⁸⁾: ciò in ragione della specialità della disciplina codicistica (art. 2110 c.c.) che, pur radicata su un fondamento oggettivo (il superamento del periodo di comporta) e dunque in tal senso assimilabile alle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3 l. n. 604/1966), manifesta una propria irriducibile autonomia ed impone una chiara diversità di effetti ⁽¹⁹⁾.

prestazione consentendo la risoluzione del contratto, ai sensi degli art. 1256 e 1463 c.c., eventualmente previo accertamento di essa con la procedura stabilita dall'art. 5 statuto dei lavoratori, indipendentemente dal superamento del periodo di comporta".

⁽¹⁵⁾ V., ad es., Cass. 6 novembre 1996, n. 9684, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 768.

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 876.

⁽¹⁷⁾ Cass. 23 aprile 2010, n. 9700, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 146, con nota di S. M. CORSO, *Inidoneità sopravvenuta del lavoratore e limiti del repêchage secondo una recente sentenza della cassazione*; Cass. 19 aprile 2003, n. 6378, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1593.

⁽¹⁸⁾ Si è correttamente rilevato che il riferimento all'art. 2110 c.c. pecca per eccesso giacché la "gravidanza" ed il "puerperio" sono autonomamente regolate rispetto alla disposizione codicistica: C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., 25.

⁽¹⁹⁾ Cass. 7 febbraio 2011, n. 2971, in *Not. giur. lav.*, 2011, 202; Cass. 28 gennaio 2010, n. 1861, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, 227.

Ora le due fattispecie appena descritte sono accomunate dal legislatore della riforma avuto riguardo alle conseguenze sanzionatorie: in caso di difetto di giustificazione del recesso intimato per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero di recesso intimato in violazione dell'articolo 2110, comma 2, c.c., si avrà l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata di cui all'art. 18, comma 4, stat. lav. ⁽²⁰⁾.

Vi è al riguardo da segnalare una incongruenza che non sembra superare il canone della ragionevolezza, dovendo sul punto dubitarsi che la soluzione normativa sia coerente con il principio di eguaglianza. Il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.: a) *prima della riforma del 2012* aveva come conseguenza la nullità per contrasto con la disposizione codicistica ⁽²¹⁾, con conseguente diritto del lavoratore alla riammissione in servizio e alle retribuzioni non corrisposte dal momento del licenziamento fino alla effettiva riammissione in servizio, senza dunque le limitazioni risarcitorie oggi previste per la tutela reintegratoria attenuata; b) *dopo la riforma del 2012* nel campo di applicazione dell'art. 18 stat. lav. opera la tutela reintegratoria attenuata, mentre nel campo di applicazione della l. n. 604/1966 (e quindi per i datori di lavoro che occupano meno di quindici dipendenti) non v'è ragione di dubitare che debba continuare a ritenersi operante il regime della nullità, avuto riguardo ai suoi effetti (senza dunque la limitazione indennitaria prevista dall'art. 18, comma 7).

Dalla disciplina vigente emerge dunque una irragionevole disparità di trattamento, preso atto delle diverse conseguenze sanzionatorie destinate ad operare in relazione ad una medesima fattispecie: la speciale

⁽²⁰⁾ La tutela reintegratoria attenuata comporta la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, pur con modalità diverse rispetto al sistema anteriore.

⁽²¹⁾ Cass. 8 maggio 2003, n. 7047, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1731; Cass., 26 ottobre 1999, n. 12031, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 61, con nota di S. FIGURATI, *Questioni in tema di licenziamento intimato durante la malattia: la richiesta di ferie interrompe il comperto?*

disciplina del licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.

3.2. La "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" e le "altre ipotesi" di licenziamento ingiustificato.

La tutela reintegratoria attenuata può altresì trovare applicazione nella "ipotesi" in cui il giudice accerti la "*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*".

Invece "*nelle altre ipotesi*" in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo, applica la disciplina di cui all'art. 18, comma 5, stat. lav., vale a dire la tutela indennitaria (²²). Tuttavia in tal caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui all'art. 18, comma 5, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 l. n. 604/1966 (v. *sub* 2.1.1.).

La distinzione fra le due ipotesi ha suscitato grandi perplessità in dottrina: ciò in ragione dell'elevato livello di incertezza applicativa che la soluzione normativa è in grado di determinare, contraddicendosi così l'intenzione del legislatore di mettere a punto un chiaro sistema di regole su un tema così delicato (²³).

Critiche ha suscitato il riferimento ad una insussistenza che deve essere manifesta, mettendosi in rilievo che non è possibile ipotizzare alcuna distinzione tra "insussistenza" e "manifesta insussistenza" (²⁴).

(²²) L'art. 18, comma 5, stat. lav., prescrive che il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

(²³) F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 529 ss., qui citato nella versione pubblicata in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro* <http://csdile.lex.unict.it>, 22-23; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., 26-28; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 560; cfr. A. TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, cit., 62 ss.

(²⁴) A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 443, che tuttavia rileva il "peso delle parole" del legislatore che ha avuto l'intenzione di dichiarare che la tutela

Grandi perplessità sono state espresse sulla circostanza che il giudice, accertata la manifesta insussistenza, “può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro”: la disposizione potrebbe essere letta come attribuzione al giudice di un’ampia ed indeterminata discrezionalità e, per questa via, essa non sarebbe immune dal sospetto di incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza ⁽²⁵⁾. Tuttavia tali perplessità possono essere superate mettendo in rilievo che la disposizione, certo non felicemente formulata, presuppone la tassatività delle condizioni nelle quali la reintegrazione opera ⁽²⁶⁾.

Nei primi commenti sta emergendo lo sforzo della dottrina di offrire un significato coerente alla formula *manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, formula che si rivela carica di una potente ambiguità.

Secondo una dottrina il “fatto posto a base del licenziamento” si identifica con “la ragione economica ed organizzativa che ne è a fondamento” ⁽²⁷⁾.

Muovendo da tale assunto si giunge alla conclusione che la manifesta insussistenza (del giustificato motivo oggettivo) si identifica con “la carenza della ragione organizzativa o quando essa, pur presente, non ha un rapporto causale con il recesso” ⁽²⁸⁾.

Per questa via si procede all’individuazione di una serie di ipotesi di manifesta insussistenza: licenziamento intimato sul presupposto di una crisi di impresa inesistente o di scarsissima consistenza ovvero per la soppressione di un posto che in realtà non è stato eliminato o, ancora, senza fornire la prova dell’inattuabilità del *repechage* ⁽²⁹⁾.

Infine, sempre secondo questa impostazione, la situazione è diversa ove il datore di lavoro fornisca la prova della soppressione del

reintegratoria opera quale *extrema ratio*; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein*, cit., 22; diversa l’impostazione di VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 58, che invece valorizza l’aggettivo traendone importanti conclusioni nell’ambito della sua ricostruzione.

⁽²⁵⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 558-559.

⁽²⁶⁾ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., 443. Secondo A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 59, la previsione esprime invece un “duplice concorrente vaglio giudiziale”; per l’A. infatti “l’accertamento della manifesta insussistenza non basta, come si è detto per la tutela reale poiché occorre una ulteriore valutazione del giudice (può) ... occorre l’accertamento di una violazione “manifesta” della regola di giustificazione e l’esternazione delle distinte ragioni del ritenuto (può) transito dal regime sanzionatorio normale a quello eccezionale”.

⁽²⁷⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 560.

⁽²⁸⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 563.

⁽²⁹⁾ V. SPEZIALE, *Ibidem*.

posto di lavoro e della impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse e al tempo stesso si accerti che il livello di gravità delle difficoltà aziendali non è riconducibile al giustificato motivo oggettivo perché ha un carattere congiunturale ovvero il recesso ha solo lo scopo di incrementare i profitti: in tale situazione si configurano le "altre ipotesi" previste dall'art. 18, comma 7, stat. lav., qui spettando al lavoratore solo l'indennità risarcitoria ⁽³⁰⁾.

Riassumendo, secondo questa impostazione, la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo può accertarsi indagando sul grado di intensità dell'ingiustificatezza avuto riguardo: a) alle ragioni organizzative addotte dal datore di lavoro; b) alla mancanza del nesso di causa fra le ragioni organizzative e la soppressione del posto di lavoro.

Ove invece manchi la prova piena della soppressione del posto di lavoro e dell'inattuabilità del *repechage* si dovrà ritenere sempre accertata la manifesta insussistenza del fatto ⁽³¹⁾.

Seguendo invece l'impostazione dottrina di un altro autore il fatto di cui va accertata la manifesta insussistenza è quello indicato nella motivazione del licenziamento, che deve essere "necessariamente riferita alla soppressione del posto cui era addetto il lavoratore licenziato anche per esternalizzazione del servizio o per redistribuzione delle relative mansioni e nell'indisponibilità di posizioni libere in cui utilizzarlo proficuamente nell'ambito dell'organizzazione liberamente predisposta dal datore di lavoro" ⁽³²⁾.

In base a tale impostazione dunque per accertare la manifesta insussistenza del fatto dovrà porsi al centro dell'indagine la soppressione del posto di lavoro e l'inattuabilità del *repechage*: ove tali elementi siano manifestamente insussistenti, emergendo il "torto marcio" del datore di lavoro, il giudice, sulla scorta di una motivazione necessaria e non meramente tautologica, potrà decidere di ordinare la reintegrazione del lavoratore licenziato ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 564.

⁽³¹⁾ V. SPEZIALE, *Ibidem*.

⁽³²⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 58.

⁽³³⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 59. L'Autore, come già rilevato, sostiene che la previsione rende necessario un "duplice concorrente vaglio giudiziale": v. *sub* nota 26. Cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, 448 che, pur giungendo alla conclusione che il "fatto posto a base del licenziamento" si identifica con la soppressione del posto di lavoro e con l'impossibilità di ricollocazione del lavoratore in

Emerge dunque dai primi tentativi di lettura della disciplina una notevole difficoltà di inquadramento delle due fattispecie qui esaminate.

Il tema sarà ripreso nel paragrafo 4.

3.3. Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari

Il legislatore ha altresì individuato una ulteriore ipotesi: qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dall'art. 18 stat. lav.

Qui si contempla dunque la possibilità che muovendo dal controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento si approdi alla conclusione che il licenziamento è discriminatorio o disciplinare (c.d. licenziamento disciplinare occulto): il che è nell'ordine naturale delle cose, posto che difficilmente (fatta eccezione per l'auto-lesionismo che, sul piano tecnico-giuridico, può tradursi nella confessione *ex art. 2730 c.c.*) il datore di lavoro dichiarerà di intimare un licenziamento per ragioni discriminatorie ovvero che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo trova il proprio "vero" fondamento in una mai dichiarata valutazione fortemente negativa sull'adempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore.

La previsione rende necessari due chiarimenti.

In primo luogo il riferimento al "corso del giudizio" e quello alla "specifica domanda del lavoratore" devono essere letti coerentemente con il principio dispositivo, certamente operante nel rito del lavoro, e con il sistema delle decadenze processuali proprie del medesimo rito: la domanda dunque deve essere formulata dal lavoratore con l'atto introduttivo del giudizio e non nel corso di questo ⁽³⁴⁾.

In secondo luogo, prendendo in considerazione il riferimento al licenziamento discriminatorio, la previsione normativa può interpretarsi come ovvia constatazione che l'intento discriminatorio è "nascosto" dal datore di lavoro che ricorre ad una motivazione "altra" e che dunque il

altre mansioni, ritiene che non vi sia spazio per un doppio vaglio giudiziale. Ancora diversa la ricostruzione di M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 626 che tenta una scomposizione degli elementi che concorrono ad integrare il giustificato motivo oggettivo, operando una graduazione dell'ingiustificatezza elaborata sulla scorta dell'esperienza giurisprudenziale.

⁽³⁴⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, 457.

licenziamento per giustificato motivo oggettivo può dissimulare un licenziamento discriminatorio ⁽³⁵⁾.

E' tuttavia possibile una diversa interpretazione che dia un significato alla previsione, altrimenti meramente ripetitiva ed inutile: il licenziamento, anche se sorretto da un giustificato motivo oggettivo, può essere determinato da ragioni discriminatorie. Muovendo da questa interpretazione sarebbe dunque insufficiente che il datore di lavoro allegghi e provi il giustificato motivo oggettivo ove il lavoratore provi che il licenziamento è determinato da ragioni discriminatorie: siffatta interpretazione consentirebbe dunque di superare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui ove risulti provato il fondamento oggettivo del licenziamento non residuerebbe spazio per indagare sulla natura discriminatoria del recesso ⁽³⁶⁾.

4. Coesistenza ed interferenza di norme: l'art. 3 l. n. 604/1966 e il nuovo art. 18, comma 7, stat. lav.

La nuova disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo rivela senza dubbio il suo nodo cruciale nella difficile e controversa distinzione fra la "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" e le "altre ipotesi" di licenziamento ingiustificato.

Tali difficoltà, come già messo in rilievo, hanno il proprio punto di origine nella circostanza che la riforma del 2012 individua fattispecie di recesso ingiustificato non del tutto coincidenti con la nozione di giustificato motivo oggettivo ex art. 3 l. n. 604/1966.

Vi è così il rischio, niente affatto remoto, di innescare potenziali asimmetrie fra il corpo normativo più recente, che intende individuare "in negativo" le ragioni oggettive del recesso, e quello più antico, che ha lo scopo di individuare il fondamento oggettivo del legittimo esercizio del potere di recesso.

Secondo l'art. 3 l. n. 604/1966 il giustificato motivo oggettivo viene identificato con le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa: il legislatore del 1966 intende indicare i presupposti di legittimità del recesso.

⁽³⁵⁾ M. TATARELLI, *Ibidem*.

⁽³⁶⁾ Cass. 22 agosto 2003, n. 12349, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1575; in dottrina, per una critica a tale orientamento: O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2011, 692.

L'art. 18, comma 7, stat. lav., invece, con la sua ambigua formula sulla manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, intende indicare quando, rispetto al recesso, comunque illegittimo, deve operare la tutela reintegratoria.

E' dunque evidente che la disposizione più recente non solo non può operare in chiave derogatoria rispetto alla norma più antica ma, con ogni evidenza, deve trovare necessariamente una giustificazione normativa proprio muovendo da questa.

La "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" presuppone dunque, sul piano logico, che il licenziamento sia ingiustificato perché intimato in violazione dell'art. 3 l. n. 604/1966.

Ora, se è corretto (quanto ovvio) tale assunto, è anzitutto necessario ricordare che il giustificato motivo oggettivo è stato ricondotto dalla dottrina prevalente alla categoria delle clausole generali ⁽³⁷⁾.

Il tema, invero delicato e complesso, riguarda le *tecniche definitorie diverse da quelle delle fattispecie analitiche*, tecniche che individuano "nozioni a contenuto variabile" ⁽³⁸⁾ che appaiono destinate a trovare il loro concreto significato nell'elaborazione della giurisprudenza.

Quest'ultima, nel corso di una lunga e complessa evoluzione, si è sforzata di definire i confini della fattispecie, individuando una serie di fondamentali elementi o presupposti di legittimità del giustificato motivo oggettivo che, pur con l'arbitrio di ogni sintesi, possono essere così rappresentati: a) l'effettività delle ragioni di ordine produttivo ed organizzativo addotte a giustificazione della soppressione del posto di lavoro; b) la soppressione del posto di lavoro; c) il nesso causale fra le ragioni addotte e la soppressione del posto di lavoro ⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Sul prevalente orientamento dottrinario v. M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005, 101 ss e *ivi* ampi riferimenti bibliografici. Diversa è invece la ricostruzione di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 riconduce invece il giustificato motivo oggettivo alla diversa categoria delle norme generali. La distinzione fra clausole generali è invero sottile e sfuggente e non può essere qui esaminata. Sul punto si rinvia a P. ALBI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento fra clausole generali, norme generali e principi fondamentali*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Torino, 2008, 67 ss.

⁽³⁸⁾ S. RODOTA, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 714, che richiama la formula descrittiva di PERELMAN, in PERELMAN e VANDER ELST (a cura di), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984.

⁽³⁹⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 191 ss e *ivi* una preziosa ricostruzione giurisprudenziale.

Sullo sfondo di tali elementi si colloca il tema dell'onere di *repechage*, vale a dire la prova – anch'essa necessaria per superare il controllo giudiziale – dell'impossibilità di una diversa ricollocazione aziendale del lavoratore che si è storicamente rivelata una sorta di cartina al tornasole della razionalità della scelta del datore di lavoro recedente⁽⁴⁰⁾.

E' poi evidente che in relazione ai singoli elementi o presupposti di legittimità si sono registrate in giurisprudenza diverse e confliggenti rappresentazioni: a) sull'effettività delle ragioni produttive ed organizzative, intese come "dirette solo a fronteggiare situazioni sfavorevoli, al fine di salvaguardare gli equilibri economici dell'impresa" o anche "come modifiche organizzative esclusivamente finalizzate ad un incremento dei profitti"; b) sulla soppressione del posto, resa più problematica nell'ipotesi in cui da questa non derivi radicalmente l'eliminazione delle mansioni svolte dal lavoratore con una conseguente redistribuzione o nuova attribuzione di quelle non soppresse; c) sull'ampiezza del *repechage* e se dunque questo debba estendersi, con quali limiti e modalità, a mansioni anche inferiori, se debba riguardare l'intera struttura aziendale anche sul territorio nazionale o anche le sedi estere⁽⁴¹⁾.

Poste tali premesse occorre mettere in rilievo che il giustificato motivo oggettivo secondo il diritto vivente non è affatto scomponibile o frazionabile in una serie di elementi autonomi e la mancanza anche di uno solo di essi, intesi quali "elementi costitutivi della fattispecie"⁽⁴²⁾ è tale da rendere ingiustificato il recesso.

Risulta dunque evidente che il "fatto posto a base del licenziamento" ex art. 18, comma 7, stat. lav. non solo non può intendersi come fatto materiale ma deve necessariamente riferirsi agli elementi che compongono il giustificato motivo oggetto, è un fatto da intendersi in senso giuridico e deve essere globalmente accertato.

Orbene la riforma intenderebbe individuare una graduazione della ingiustificatezza del licenziamento che dovrebbe legarsi al grado di insussistenza del fatto.

⁽⁴⁰⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 203 ss.

⁽⁴¹⁾ M. TATARELLI, *Ibidem*.

⁽⁴²⁾ V., ad es., Cass. 11 agosto 1998, n. 7904, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1606.

Tuttavia la soluzione predisposta dal legislatore appare difficilmente percorribile perché il "fatto" si compone di una pluralità di elementi necessari, in mancanza dei quali il fatto semplicemente non sussiste né può cogliersi una distinzione tra manifesta insussistenza e "semplice" insussistenza.

Poiché dunque l'art. 18, comma 7, opera nell'alveo tracciato dall'art. 3 l. n. 604/1966 il fatto posto a base del licenziamento non può che coincidere con gli elementi che, alla luce del diritto vivente, compongono il giustificato motivo oggettivo.

Da tali riflessioni discende che la formula "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo" non può in alcun modo essere spiegata alla luce di una controversa opera di scomposizione o frammentazione degli elementi costitutivi della fattispecie giustificato motivo oggettivo.

Il controllo giudiziale non può dunque spingersi ad operare una selezione interna agli elementi che compongono il fatto giuridico.

La distinzione fra manifesta insussistenza e semplice insussistenza, viene operata in assenza di un criterio legale predeterminato ed apre certamente ampi spazi per irragionevoli disparità di trattamento di situazioni eguali proprio sullo stesso terreno della mancanza del giustificato motivo oggettivo: in tal senso devono condividersi i rilievi di incostituzionalità della previsione secondo cui il giudice ha la facoltà ("può") di ordinare la reintegrazione ⁽⁴³⁾.

Sul piano sistematico-razionale dunque risulta estremamente problematico, se non impossibile, cogliere una distinzione che attiene al grado di ingiustificatezza del recesso.

Per dare significato ad una distinzione ambigua e controversa occorre dunque ammettere una complessa opera di graduazione dell'intensità della violazione normativa, avuto riguardo agli elementi che compongono la fattispecie giustificato motivo oggettivo.

Posto che la mancanza di uno solo di tali elementi consente di acclarare l'ingiustificatezza del recesso, spetterà al giudice accertare se la mancanza di quell'elemento assume una connotazione talmente "grave" da rendere necessaria l'applicazione del terribile rimedio.

E così ove non siano provate le effettive ragioni di ordine produttivo ed organizzativo addotte a giustificazione della soppressione

⁽⁴³⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 558-559.

del posto di lavoro il giudice, acquisito che il recesso è ingiustificato, dovrà accertare se la mancanza di tale elemento è totale ovvero, ed in che misura, parziale, discendendo nel primo caso il reintegro e nel secondo, in base ad un criterio affidato al suo prudente apprezzamento, la tutela indennitaria.

Ed analogo procedimento dovrà svolgersi ove non risulti provata la soppressione del posto di lavoro, il nesso causale fra le ragioni addotte e la soppressione del posto di lavoro, l'impossibilità di una diversa ed alternativa collocazione aziendale del lavoratore licenziato.

Proprio dalla descrizione di tale percorso interpretativo, considerate le già ricordate diverse e confliggenti rappresentazioni degli elementi costitutivi della fattispecie presenti in giurisprudenza, discende la conclusione che la riforma ha ampliato anziché restringere l'area di incertezza applicativa della disciplina dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo: sarà l'applicazione giurisprudenziale a comprovare l'assunto, qui condiviso, che l'ambigua formula esaminata è in grado di rappresentare una palese violazione del principio di eguaglianza.